



قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات

پدیدآورنده (ها) : محقق داماد، سید مصطفی

حقوق :: نشریه قضاوت :: مرداد و شهریور ۱۳۸۷ - شماره ۵۲

صفحات : از ۵۳ تا ۵۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/468665>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۳/۱۱/۱۷

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است. بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- قاعده قبح عقاب بلابیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات
- قرآن و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها
- اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها
- اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در فقه و حقوق
- امکان سنجی تدوین قانون آیین دادرسی اداری (با توجه به ماهیت و ویژگی های مراجع اختصاصی اداری)
- شباهت ها و تمایزات تصمیمات قضایی و اداری با نگاهی موردی به تصمیمات هیئت نظارت بر مطبوعات
- «از دادرسی تا دادرسی منصفانه» تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن
- بازشناسی مفهوم «مقررات و نظامات اداری» با تاکید بر رویه قضایی هیات عمومی دیوان عدالت اداری
- تأملی در حدود صلاحیت نظارتی دیوان عدالت اداری بر آرای مراجع شبه قضایی با نگاهی به آرای دیوان
- ضرورت رعایت اصول کلی حقوق کیفری در رسیدگی به تخلفات اداری
- اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و تحولات آن
- اصل «حاکمیت قانون» در نظام قضایی ایران

عناوین مشابه

- قاعده قبح عقاب بلابیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات
- قاعده وزر و مقایسه آن با اصل شخصی بودن مجازات ها
- سیاست حبس‌زدایی در پرتو تحولات قانونی نهاد تخفیف مجازات در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و مقایسه تطبیقی آن با حقوق انگلستان
- بحثی درباره اصل قانونی بودن جرم و مجازات و شعاع دلالت و حکومت آن
- منتخب: قطعی بودن آرای مواد مخدر در تعارض با اصل دادرسی منصفانه است - بررسی تجدید نظرخواهی آرای مواد مخدر در حقوق کیفری ایران و مقایسه آن با حقوق کیفری فرانسه
- بررسی حقوقی مسأله ارتداد در ایران (بررسی مسأله ارتداد با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات)
- بررسی قاعده «قبح عقاب بلابیان» و ارتباط آن با بحث «حق الطاعه» شهید صدر
- مبانی فقهی قاعده درا و مقایسه آن با اصل برائت با رویکردی به قوانین موضوعه
- بررسی «اصل جهت کافی» در فلسفه لایب‌نیتس و مقایسه آن با «قاعده ضرورت سابق» در فلسفه اسلامی
- نسبت سنجی قاعده قبح عقاب بلابیان و قاعده دفع ضرر محتمل با تاکید بر آرای برخی معاصرین

قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات

◀ دکتر مصطفی محقق داماد *

چکیده

قاعده «قبح عقاب بلا بیان» از قواعد مسلم نزد فقیهان و اصولیون به شمار می‌رود. این قاعده با «اصل قانونی بودن مجازات» در حقوق معاصر قابل مقایسه است. در این نوشتار ضمن بیان مفاد قاعده قبح عقاب بلا بیان، مستندات فقهی آن مورد بررسی قرار گرفته است. آنگاه مجاری این قاعده بیان شده و تا حدودی با اصل قانونی بودن مجازات مقایسه شده است. از نظر فقه اسلامی، تشریح احکام و شیاع آن میان مسلمانان، اماره قضائی بر آگاهی و علم افراد به شمار می‌آید کما اینکه در زمان ما، قانون‌گذار تصویب قانون و انتشار آن را پس از گذشت مدتی مقرر، اماره قضائی بر علم و آگاهی قرار داده است و عذر جهل به قانون را نمی‌پذیرد. کلید واژه‌ها: ۱- قاعده فقهی ۲- قاعده اصولی ۳- قبح عقاب بلا بیان ۴- اصل قانونی بودن مجازات ۵- اماره قضائی.

۱- سیر تاریخی

در تاریخ فقه شیعه، از زمانی که عقل به عنوان یکی از منابع فقهی به حساب آمده، یعنی از زمان ابوعلی ابن جنید (متوفی به سال ۳۸۱ هـ. ق) قاعده «قبح عقاب بلا بیان» در راس اصول عقلی قرار گرفته است. البته نه به تعبیر واحد، بلکه به تعبیر گوناگون و مشابه. تتبع انجام شده نشان می‌دهد که اصل اباحه، در مقابل اصل حظر که مورد اعتقاد برخی علمای عامه بوده، قبل از پیدایش قاعده قبح عقاب بلا بیان در گفته پیشینیان فقه، وجود داشته است. شیخ طوسی می‌گوید: «ان الاصل، الاباحه، و الحظر یحتاج الی دلیل، یعنی «اصل، اباحه اشیا است و هر منعی محتاج به دلیل است.» شیخ صدوق می‌گوید: «اعتقادنا ان الاشیاء کلها مطلقه حتی یرد فی شیئ منها نهی»

و شیخ مفید می‌گوید: «ان کل شیئ لا نص فی حظه فانه عنی الاطلاق.» بعدها این اصل تکامل بیشتری یافت. در کلمات سید مرتضی آمده است: «التکلیف بلا اماره ممیزه مقدمه، قبح»^۱ و بالاخره در قرون اخیر، توسط میرزای قمی با عبارت «لا تکلیف الا بعد الیقین»^۲ گفته شده است.

به موجب این تعبیر، هیچ فعل یا ترک فعلی حرام نیست، مگر آنکه دلیل شرعی بر آن دلالت نماید. این قاعده با اصل «قانونی بودن جرم» در حقوق معاصر قابل مقایسه و با قاعده «قبح عقاب بلا بیان» بسیار نزدیک است.

ظاهراً مفاد قاعده قبح عقاب بلا بیان، نخستین بار در متون شیخ طوسی بیان شده است. در تفسیر تبیان زیر آیه شریفه «و ما كنا معذبين حتى

نبعث رسولا»^۳ شیخ می‌گوید:

«این آیه بیان‌گر آن است که خداوند هیچ‌کس را بر معاصی و گناهانش عقاب نخواهد کرد، مگر آنکه با حجت‌ها و دلایل و ارسال رسل، وی را آگاه ساخته باشد.»

و سپس در مقام استدلال می‌گوید:

«به خاطر آنکه زشت است [عقلاً] که خداوند کسی را عقاب کند، قبل از آنکه او را به مصلح و مفاسدش آگاه ساخته باشد.»^۴

نظر شیخ بر آن است که مفاد آیه شریفه بیان‌گر یک حکم عقلی یعنی «قبح عقاب بلا بیان» است.

به هر حال، قاعده قبح عقاب بلا بیان از قواعد مسلم نزد فقها و اصولیین به شمار می‌رود. محقق حائری یزدی می‌گوید: «هذه قاعده مسلمة عندالعدلیه و لا شبهه لا حد فیها؛ این قاعده‌ی است مسلم، نزد عدلیه و هیچ تردیدی در آن نیست.»

ذکر این نکته ضروری است که در نزد قدمای شیعه، نه تنها اصل وجود حکم در مقام واقع برای تکلیف لازم است، بلکه اعلام به شخص و آگاهی او نیز شرط تکلیف است. شیخ طوسی می‌گوید: «و اعلام المکلف وجوب الفعل او حسمه او دلالت علیه شرط فی حسن التکلیف من الله لانه من جمله العله فیما کلفه»^۵

به نظر ایشان، مادام که وجوب یا حسن کرداری به مکلف اعلام نگردیده است، وی نسبت به آن عمل تکلیفی ندارد. خواجه طوسی می‌گوید: «والتکلیف حسن لا شتماله علی مصلحه لا تحصل بدونه، علامه حلی در تعریف تکلیف می‌گوید: «بشرط الاعلام» و سپس اضافه می‌کند: «و شرطنا الاعلام لان المکلف اذا لم یعلم اراده المکلف بالفعل لم یکن مکلفاً؛ یعنی: اینکه شرط کردیم اعلام را، به خاطر آن که مکلف وقتی به اراده تکلیف‌کننده آگاهی فعلی نداشته باشد، مکلف نیست.»

۲- مفاد اجمالی قاعده

مفاد قاعده، اجمالاً آن است: مادام که عملی توسط شرع نهی نگردیده و آن نهی به مکلف ابلاغ نشده است، چنانچه شخصی مرتکب گردد، مجازات او عقلاً قبیح و زشت است.

باید دانست که قلمرو این قاعده، وسیع‌تر از «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» در حقوق عرفی معاصر است. چرا که اصل قانونی بودن جرم و مجازات، راجع به وضع قانون و به تبع آن مراحل ابلاغ و انتشار قانون است ولی فقها در مواردی که مکلف نه به علت تقصیر بلکه

به جهتی دیگر نسبت به تکلیف صادره جاهل بوده نیز، به این قاعده تمسک کرده‌اند. به دیگر سخن مراد از بیان در این قاعده، بیان واصل است، نه بیان صادر. بنابراین، دایره شمول آن وسیع‌تر از اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

۳- مقایسه قاعده قبح با اصل عدم رافعیت

ممکن است برای خواننده محترم این پرسش مطرح شود که اگر مفاد این قاعده حکمی عقلی است، پس چرا در حقوق عرفی معاصر، این اصل و قاعده مسلم شده که: «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست»؛ آیا این اصل خلاف قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان است؟

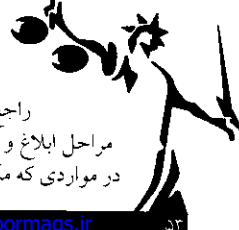
به نظر می‌رسد که اصل عدم رافعیت یک فرض قانونی و قضائی است نه یک اصل ماهوی. توضیح اینکه: فرض قانون‌گذار بر این است که پس از وضع قانون و طی مراحل ابلاغ و انتشار آن، اصل بر آن است که همه از قانون اطلاع و آگاهی داشته باشند. بنابراین، هرگاه کسی پس از قابل اجرا شدن قانون، مرتکب عمل ممنوعی گردد، صرف ادعای جهل موجب رفع مسئولیت او نمی‌باشد، ولی در فرض اثبات، عقلاً مسئول شناخته نمی‌شود.

البته در علم اصول فقه گفته‌اند که به هیچ وجه خطاب شرع نمی‌تواند مشروط به علم گردد و چنین اشتراطی مستلزم مشکلات عقلی از جمله «دور محال» است. و لذا جهل به قانون در فقه اسلامی عذر موجه محسوب و رافع مسئولیت است و به هیچ وجه، از علل موجهه مسئولیت نمی‌باشد. به دیگر سخن، چنین نیست که در فرض جهل، جرم اتفاق نیفتاده باشد، بلکه شخص جاهل مجازات نمی‌شود و به اصطلاح فقهی مواخذه از جاهل مرتفع است.

به عبارت دیگر، علم، شرط تنجز تکلیف است نه شرط فعلیت آن. در فرض جهل، تکلیف فعلیت دارد؛ هرچند منجز نیست که مجازات داشته باشد و از این رهگذر شخص جاهل معذور است. در این باره باز هم مطالبی خواهیم گفت.

۴- بیان تکلیف یا عقوبت

در متون فقهی به این مسئله توجه شده است که مسئله قبح تکلیف بلا بیان با قبح مجازات بلا بیان از نظر مفهومی کاملاً متفاوت است؛ همان‌طور که در حقوق معاصر میان اصل قانونی بودن جرم با اصل قانونی بودن مجازات فرق است. ولی به نظر فقها از نظر عقلی هر دو به یک مبدا بازگشت می‌کند و هر دو محکوم به قبح است. و لذا در متون فقهی، حکم عقل به: «... لقیح التکلیف و المواخذه مالم یکن بیان» به یکدیگر معطوف گردیده است.^۶



5- بیان صادر یا اصل؟

ممکن است در نظر آید که مراد از بیان در این قاعده، تشریح اصلی است، هر چند به مکلف اصل نشده باشد. در نتیجه، چنانچه مرحله وضع و جعل و تشریح قانون منقضى شده باشد، مجازات شخص مرتکب قبیحی نخواهد داشت.

این برداشت با نظر بیشتر فقیهان امامی منطبق نیست. به نظر آنان تنجز تکلیف شرعی، متوقف بر وصول به مکلف است؛ چرا که مجازات شخصی که بر تشریح قانون آگاهی نداشته باشد، عقلا زشت و قبیح است و لذا بیان به کار رفته در قاعده را بر بیان واصل تفسیر کرده‌اند و بر این حکم عقلی از میان روایات و احادیث واصله از سوی پیشوایان دینی شواهدی اقامه نموده‌اند. از جمله آنکه:

محمد بن مسلم گوید:

«از امام باقر (ع) پرسیدم مردی را به اسلام خوانده‌ایم و او پذیرفته است و پس از آن مرتکب شرب خمر و زنا و رباخواری شده، به خاطر آنکه احکام اسلامی برای او بیان نشده است؛ آیا حد بر او جاری می‌گردد؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند: خیر، مگر آنکه اثبات شود که می‌دانسته این اعمال حرام است.»^{۱۳}

و نیز در حدیث دیگر آمده است که امام صادق (ع) فرمود: «در زمان ابوبکر مردی را آوردند که مرتکب شرب خمر شده بود. شخص مزبور نزد ابوبکر اقرار کرد، ابوبکر پرسید: چرا با وجود آنکه این عمل حرام است، مرتکب شدی؟ پاسخ داد: که من بر حرمت آن آگاه نبودم و اگر می‌دانستم چنین کاری نمی‌کردم. خلیفه حیران شد و با عمر مشورت کرد. عمر گفت: مسئله مشکلی است. قضیه را نزد علی (ع) آوردند. آن حضرت فرمود: شخصی همراه او کنید و به مجالس مهاجران و انصار بگردانید. چنانچه کسی گواهی داد که برای شخص مرتکب، آیه مربوط به حرمت خمر تلاوت شده است، مجازاتش کنید و در غیر این صورت رهایش سازید. به همین رای عمل شد و چون کسی گواهی نداد رهایش ساختند.»^{۱۴}

سید محمد طباطبایی (سبط وحید بهبهانی) از بزرگان علم اصول می‌گوید: بهتر است ما قاعده را چنین مطرح کنیم:

«اذا لم یصل الحکم، لم یکن عقاباً لقبیح التکالیف و العقاب حیثیند کما علیه جمیع ارباب العقول» هرگاه حکم واصل نشود، عقابی نخواهد بود؛ زیرا تکلیف و عقاب در این صورت قبیح است، همان‌طور که تمام صاحبان خرد بر آنند.»

میرزای قمی می‌گوید: «و ان الثمر فی البیان هو البیان الواصل الی المکلف لا مطلق البیان» آنچه از بیان، مثمرتر و مفید فایده است، بیان واصل به مکلف می‌باشد نه مطلق بیان.»

آخوند خراسانی می‌گوید: «و اما العقل فانه قد استقل بقبیح العقوبه و المواخذة علی فی لفه التکالیف المجهول بعد الفحص و الیاس عن الظفر بما کان حجه علیه فانها عقاب بلا بیان و مواخذة بلا برهان» عقل مستقل است در اینکه مجازات و مواخذة بر تکلیف مجهول بعد از فحص و یاس از دستیابی به چیزی که حجت و دلیل بر آن است، مجازات بدون بیان و مواخذة بدون دلیل است.»

مرحوم آقا ضیاء‌الدین عراقی دیگر اصولی نامدار قرن معاصر می‌گوید: «و اما العقل فحکمه بالبراهه لقبیح العقاب بلا بیان واصل الی المکلف مما لا یکاد یخفی» حکم عقل به برائت بر هیچ‌کس پوشیده نیست؛ چرا که عقل، عقاب بدون بیان واصل به مکلف را زشت و قبیح می‌داند.

6- مستندات فقهی قاعده

6-1 دلیل عقل

همان‌طور که گفته شد، فقها این قاعده را عقلی می‌دانند؛ بدین معنی که معتقدند عقاب و مواخذة نسبت به فعل و یا ترک فعلی که از سوی مقام تشریح برای شخص مرتکب بیان واصل نگردیده، قبیح است.

باید دانست که این مسئله مبتنی است بر نظریه ذاتی بودن حسن و قبح افعال. ما در کتاب اصول فقه، دفتر دوم، موضوع این بحث و محل نزاع را در حد لازم تفیج نموده‌ایم.^{۱۵} و معتقدیم که از مهم‌ترین و اصلی‌ترین مباحث در دانش عقلی اسلامی، موضوع حسن و قبح عقلی و دلیل بودن عقل در استنباط احکام شرعی و مباحث مستقلات عقلیه می‌باشد. در اینجا نمی‌خواهیم [مباحث را] تکرار کنیم، ولی اجمالاً ذکر این نکته را ضروری می‌دانیم که چنانچه بخواهیم حکم عقل را فرا راه اثبات حکم شرعی قرار دهیم، بایستی یک گزاره عقلی، از مستقلات عقلیه محسوب گردد و عقلا از آن جهت که عاقل و خردمند هستند، یا قطع نظر از هرگونه فرهنگ و عادات و رسوم و تعلیمات ادیان، بر آن حکم نمایند. چنانچه عقلا، بر ارتکاب عملی آفرین گویند، آن عمل خوب و چنانچه بر ارتکاب آن ته آفرین (تفرین) گویند، آن عمل زشت و بد است. پس از به دست آوردن حکم عقل با پیوست کبرای قاعده ملازمه (کلمه حکم به العقل حکم به الشراع) حکم شرعی را استنباط می‌نماییم.

یکی از احکام مستقل عقلی، حسن عدل و قبح ظلم است. بیشتر کارهای خوب و بد بر اساس انطباق یا عدم [انطباق] آن با صدق عنوان عدل و ظلم، محکوم به خوبی و یا بدی خواهند شد؛ چون کارها ذاتاً از نظر عقلی خوب و یا بد نیستند و در فرض صدق ظلم و عدل، حکم خود را می‌یابند. مثلاً صدق و کذب، اگرچه مقتضای حسن و قبح می‌باشند، ولی در عین حال ممکن است در بعضی از فروض به خاطر وجود شرایطی به خلاف مقتضای خود متصف گردند؛ مثل صدقی که موجب فتنه و آشوب گردد، بی‌گمان متصف به حسن و کذب که مانع خطر جانی می‌گردد متصف به قبح خواهند بود؛ چرا که عناوین عدل و ظلم بر آنها منطبق نمی‌باشند.

عقاب و مواخذة بر فعل و یا ترک فعلی که به مرتکب، هیچ‌گونه بیان در مورد ممنوعیت و مجازات داشتن آن واصل نشده، از مصادیق ظلم است و لذا قبیح و زشت است و خردمندان، مجازات‌گر را ستمگر می‌دانند و بر او تفرین می‌گویند.

مرحوم آیت‌الله خوینی می‌گوید: «ان العقاب علی مخالفه التکالیف الغیر الواصل، من اوضح مصادیق الظلم» مجازات کردن نسبت به مخالفت با تکلیفی که به مرتکب واصل نشده از واضح‌ترین مصادیق ستم است.»

در عبارت فقیهان پیشین [مسئله] گاهی به گونه دیگری بیان شده که البته بازگشت به همین تقریر می‌کند. علامه حلی می‌گوید: «متوجه ساختن تکلیف به کسی که آگاهی بر آن ندارد، خواستن امری خارج از توان و به اصطلاح تکلیف ما لایطاق است و چنین تکلیفی قبیح است.»^{۱۶}

6-1-1 نظریه مخالف

در قرن اخیر، عقلی بودن این قاعده مورد تردید واقع شده است. در دست‌نوشته‌های درس اصول فقه مرحوم والد^{۱۷} چنین آمده است که هرگاه فرد مکلف، پس از فحص و بررسی اطمینان حاصل کند که خداوند امری را بر او تکلیف نموده است، بی‌گمان هیچ‌گونه تکلیفی ندارد و عقاب چنین شخصی در فرض خطا، قبیح است و چنانچه احتمال وجود تکلیف و عدم وصول به خویش را بدهد، باز هم مقتضای حکم عقل تأمین خواسته و امتثال منویات الهی است. برای تبیین و سهل شدن پذیرش این مسئله به دلایلی متمسک شده‌اند که نقل آن بحث را به تفصیل می‌کشاند.

همین نظریه در سال‌های اخیر در کلمات آیت‌الله سید محمدباقر صدر (ره) با بیان دیگری مطرح گردیده است. ایشان معتقدند که خداوند بر بندگان حق الطاعة دارد. یعنی آنان مکلف به اطاعت از اوامر و نواهی خداوند هستند و مقتضای این رابطه آن است که بندگان خداوند نسبت به تکالیف محتمل نیز موظف به انجام می‌باشند. متن عبارت ایشان به شرح زیر است:

«و نحن نومن فی هذا المسلك (ای مسلک حق الطاعة) بان المولویه الذاتیه الثابته لله تعالی لا تختص بالتکالیف المقطوعه بل تشمل مطلق التکالیف الواصله و لو احتمالاً و هذا من مدرکات العقل العملی ... و علیه فالقاعده الاولیه هی اصالة الاشتغال به حکم العقل» ما بر مسلک حق الطاعة معتقدیم که مولویت ذاتیه که برای خداوند ثابت است، اختصاص به تکالیف مقطوعه ندارد، بلکه شامل مطلق تکالیف واصله، هر چند احتمال آن وجود داشته باشد، نیز می‌شود و این از مدرکات عقل عملی است. بنابراین قاعده اولیه اشتغال است.»

البته به نظر می‌رسد، بیان فوق در مورد احکام الهی و رابطه انسان با خداوند منطقی و موجه است؛ ولی اطاعت افراد در مورد تشریحات عرفیه را می‌توان به تکالیفی اختصاص داد که به آنان واصل گردد؛ چرا که وظیفه اطاعت در مورد خداوند جعلی و قراردادی نیست، بلکه ذاتی و واقعی است، ولی در مورد تشریحات عرفیه قراردادی است و لذا وابسته به حدود وضع و قرارداد خواهد بود.

6-2 دلایل نقلی

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، این قاعده قواعد عقلی است. ولی اصولیین در تایید حکم عقل به



دلایل نقلی نیز تمسک نموده‌اند و مفاد آن را اصل برائت شرعی اصطلاح کرده‌اند. به موجب این اصل، انجام یا ترک هر فعلی مادام که حکمی در مورد آن وارد نشده، مباح است و بر ترک یا انجام آن مواخذه و مجازات مترتب نمی‌باشد. ما دلایل نقلی این اصل را در دفتر سوم اصول فقه آورده‌ایم؛ خوانندگان می‌توانند مراجعه نمایند. مقتضای این اصل آن است که هیچ‌کس را نمی‌توان به جرمی که ممنوعیت آن به افراد واصل نشده است، مجازات نمود.

۷- مجاری قاعده قبح عقاب بلابیان

قاعده قبح عقاب بلابیان پشتوانه اصول مختلفی قرار گرفته است که به طور اجمال بیان می‌شود:

۱- اباحه و حظر

فقه و اصولیون بحث دیگری تحت عنوان اصالت حظر یا اصالت اباحه مطرح کرده‌اند. حظر به معنای منع، متضاد اباحه است و به همین جهت، اصالت اباحه در مقابل اصالت حظر است. اصالت حظر بدین معنی است که تا دلیل شرعی بر جواز ارتکاب یک فعل وجود نداشته باشد، باید از آن اجتناب کرد. اصالت اباحه خلاف آن است. بین دانشمندان اسلامی درباره افعال بندگان پیش از تشریح و نزول وحی اختلاف نظر وجود دارد؛ اشعریان که به حسن و قبح ذاتی افعال معتقد نیستند، می‌گویند:

خطاب شارع به افعال فقط صفت قبیح یا حسن می‌بخشد و پیش از ورود شرع، قبح و حسنی بر افعال مترتب نمی‌شود و نمی‌توان درباره آنها حکمی صادر کرد. معتزله که به حسن و قبح ذاتی افعال اعتقاد دارند و مثلا ظلم را فی‌الذاته قبیح و عدل را فی‌نفسه حسن می‌شمارند و معیار تشخیص آن را نیز عقل می‌دانند. در مواردی که حسن و قبح افعال پیش از ورود شرع، عقلا قابل تمیز و تشخیص نباشد یا حسن و قبح عمل، مساوی باشد، دچار اختلاف نظر شده‌اند؛ معتزله بصره، در این موارد اصل را اباحه می‌دانند ولی معتزله بغداد، اصل را حظر می‌دانند و می‌گویند: تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک قبیح است و هستی همه ملک خداست و تصرف در آن بدون اذن خداوند ممنوع است، مگر آنکه خداوند تصرف در آن را مجاز کند. بعضی از معتزله نیز متوقفند، نه اصل اباحه را در این مورد جاری می‌دانند نه اصل حظر را.^{۲۱} پس از تشریح نیز درباره اموری که حکمی درباره آن وارد نشده است، همین اختلاف نظر بین فقها وجود دارد. مشهور در میان فقهای امامیه این است که حکم عقل و شرع هر دو بر اصالت اباحه قائم است.^{۲۲} مستند شرعی امامیه آیات و احادیث منقول از ائمه است؛ از جمله این آیات:

۱- «هو الذی خلق لکم ما فی الارض جمیعا؛ او خدایی است که همه موجودات زمین را برای شما خلق کرد.»^{۲۳}

۲- «یا ایها الناس کلوا مما فی الارض حلالا طیباً؛ ای مردم از آنچه در زمین است، حلال و پاکیزه را تناول کنید.»^{۲۴}

۳- «قل لا اجد فی ما اوحی الی محرما علی طاعم یطعمه الا ان یکون مینه او دما مسفوحا او لحم خنزیر؛ بگو ای پیامبر در احکامی که به من

وحی شده است، من چیزی را که برای خوردندگان طعام حرام باشد، نمی‌یابم؛ جز آنکه مینه (حیوان مرده) باشد یا خون ریخته یا گوشت خوک.»^{۲۵} از امام صادق (ع) نیز نقل شده که: «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی؛ همه اشیا مباحند، مگر آنکه مورد نهی واقع شده باشند.»^{۲۶}

خلاصه آنکه مفاد اصل اباحه آن است که هرگاه نسبت به حرمت و حلیت چیزی تردید وجود داشته باشد، چنانچه با فحص و بررسی، دلیلی بر حرمت آن یافت نشد، حکم به حلیت آن داده می‌شود. شیخ صدوق: در کتاب اعتقادات خود بابی دارد تحت عنوان: «باب الاعتقاد فی الحظر و الاباحه» و در ذیل آن می‌گوید: «اعتقاد نافی ذلک الاشیاء کلها مطلقه حتی یرد فی شیء منها نهی»؛^{۲۷} اعتقاد ما این است که مردم در همه اشیا آزادند مگر آنکه در مورد آنها نهی وارد گردد.

شیخ مفید نیز از استاد خود پیروی کرده و گفته است: «فاما بعد استقرار الشرایع فالحکم ان کل شیء لا نص فی حظره فانه علی الاطلاق لان الشرایع تثبت الحدود و میزت المحظور علی حظره فوجب ان یکون ما عداه بخلاف حکمه»؛^{۲۸} پس از استقرار شرایع، حکم، آن است که هرچه در آن نصی در منع نباشد، آزاد و مطلق است زیرا شرایع، حدود را تعیین و امر ممنوعه را مشخص ساخته است؛ بنابراین باید مابقی آن امور ممنوع نباشند.^{۲۹}

اصل اباحه در شبهات موضوعیه مورد استاد قرار می‌گیرد.

۲- اصل برائت

در شبهات حکمی، چنانچه مکلف بدو شک داشته باشد که عملی بر وی واجب است یا خیر، اصل بر برائت است؛ یعنی ذمه وی از تعلق چنین تکلیفی بری می‌باشد. و نیز اگر تردید در حرمت داشته باشد، اصل بر برائت است. به شبهات دسته اول شبهات حکمی و جوییه و به دسته دوم شبهات حکمی تحریمی می‌گویند. در هر یک از این اقسام، منشا تردید می‌تواند فقدان نص، ابهام و اجمال نص و یا تعارض نصوص باشد.

اصل برائت از اصول نسبتا اتفاقی فقهای اسلامی است. جز آنکه در بعضی از اقسام شبهات ذکر شده فوق، اخبارین، اصل را بر احتیاط قرار داده‌اند. تفصیل آن را در دفتر سوم اصول فقه، بحث‌های نگارنده، مطالعه فرمایید.

این اصل و نیز اصل اباحه هر دو از اصول مستتج از قاعده قبح عقاب بلابیان است و دلیل اصلی در توجیه آن، همین قاعده ارائه شده است؛ هرچند به دلایل نقلی نیز تمسک شده است.

۳- جهل به حکم

ممکن است در امری حکم شرعی وضع گردیده باشد، ولی اشخاص نسبت به آن جاهل باشند.

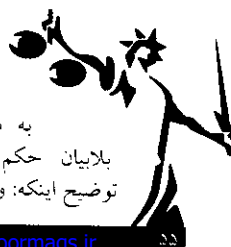
به موجب قاعده قبح عقاب بلابیان حکم مزبور منجز نمی‌گردد. توضیح اینکه: وضع احکام نمی‌تواند منوط

به علم مکلفین باشد؛ چرا که اگر وضع حکم متوقف بر علم مکلفین باشد، مادام که آنان عالم به احکام نباشند، حکمی وضع نخواهد شد؛ در حالی که علم و آگاهی به احکام پس از وضع حاصل می‌گردد و مترتب بر آن می‌باشد. نتیجه آن است که در فرض توقف به علت استلزام دور محال، هیچ‌گاه حکم، وضع نخواهد شد. اصولیین گفته‌اند: اصل وضع احکام، متوقف بر علم و آگاهی مکلفین نیست؛ ولی تکلیف مراحلی دارد که از جمله آنها تنجز و قطعیت تکلیف است و هیچ‌گونه مانع عقلی وجود ندارد که این مرحله منوط به علم و آگاهی مکلفین باشد. به دیگر سخن، تنها، تخلف و سرپیچی از آن دسته از تکالیف قابل مواخذه و مجازات است که منجز و قطعی باشد و قطعیت و تنجز تکلیف منوط به اطلاع و آگاهی فرد است. ولی این نکته را نباید از نظر دور داشت که اصل فوق، نتیجه حاکمیت و اجرای قاعده قبح عقاب بلابیان است، یعنی به خاطر آنکه عقلا مجازات شخص جاهل ظلم و قبیح است، توجیه فوق صورت گرفته است. لذا صرفا محدود به جهل ناشی از قصور می‌باشد و به هیچ وجه جهل ناشی از تقصیر را شامل نخواهد شد؛ چرا که پس از وضع حکم و تشریح آن، جهل افراد متمکن از تحصیل علم و آگاهی، مانع از تنجز آنان نمی‌گردد و احکام بر آنان منجز و قطعی خواهد بود و در فرض تخلف، مجازات آنان فاقد قبح و منع عقلی است.

در قرآن مجید آمده است:

«ان الذین توفیهم الملائکه ظالمی انفسهم قالوا فیم کتم قالوا کنا مستضعفین فی الارض قالو الم تکن ارض الله واسعه فتمها جروا فیها فاولئک ماویهم جهنم و ساءت مصیرا» الا المستضعفین من الرجال و النساء و الولدان لا یستطعون حیل و لا یهتدون سیلا»^{۳۰} فاولئک عسی الله ان یعفو عنهم و کان الله عفوا غفورا»^{۳۱} کسانی هستند که فرشتگان جانشان را می‌ستانند در حالی که بر خویشان ستم کرده بودند. از آنها می‌پرسند: در چه کاری بودید؟ گویند: ما در روی زمین مردمی بودیم بزبون گشته، فرشتگان می‌گویند: آیا زمین خدا پهناور نبود که در آن مهاجرت کنید؟ مکان اینان جهنم است و سرانجامشان بد. مگر مردان و زنان و کودکان ناتوانی که هیچ چاره‌ای نیابند و به هیچ جا راه نبرند. آنان امیدوار به عفو و بخشش خدا باشند، که خدا گناه‌شان را می‌بخشد و خداوند بخشنده و آموزنده (بندگان) است.»^{۳۲}

از آیات فوق چنین استفاده می‌شود: هرگاه افرادی توانایی تفکر و امعان نظر و تکاپو برای دستیابی به حقیقت و دوری از جهل داشته باشند و در این امر تقصیر کنند و از این رهگذر به فساد و تباهی مبتلا شده، تکلیف الهی را ترک کنند، آنان مستحق عذابند و عذاب آنان با موازین عقلی و شرعی منطبق است. ولی مستضعفان فکری که راه به جایی نمی‌برند و امکان تلاش و نجات از تباهی برای آنان وجود نداشته است، به خاطر قصورشان مورد عفو خداوند قرار دارند. بنابراین، روشن گردید که اصل مورد بحث با قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» هیچ‌گونه تنافی و ناسازگاری ندارد؛ چرا که در حقوق موضوعه، نشر احکام و قوانین، اماره آگاهی و علم به



قانون محسوب گردیده است. این تفاوت در تعلیمات اسلامی کاملاً سابقه دارد و مورد توجه قرار گرفته است. در میان آیات و احادیث منقول از پیشوایان دینی همین تفصیل دیده می‌شود. به نمونه‌هایی از آنها توجه فرمایید:

۱- «بزید کناسی، نزد امام صادق (ع) چنین مسئله‌ای را طرح نموده: عن امراه تزوجت فی عدتها؛ حکم زنی که در عده طلاق ازدواج کرده چیست؟ امام فرمود: ان کانت تزوجت فی عده طلاق لزوجها علیها الرجعه فان علیها الرجیم؛ چنانچه در دوران عده طلاق رجعی ازدواج کرده محکوم به مجازات رجیم است. پرسید: رایب ان کان ذلک منها بجهاله؟ اگر جاهل بوده چطور؟ امام فرمود: ما من امراه الیوم من نساء المسلمین الا و هی تعلم ان علیها العده فی طلاق او موت و لقد کان نساء الجاهلیه یعرفن ذلک؛ هیچ زنی در زمان ما نیست که نداند در طلاق و مرگ شوهر باید عده نگاه دارد. حتی زنان دوران جاهلیت نیز بر این امر آگاهی داشتند.

پرسید: فان کانت تعلم ان علیها العده و لاتدری کم هی؟ چنانچه می‌دانسته که عده بر اوست ولی نمی‌دانسته چقدر است چطور؟ فرمود: اذا علمت ان علیها العده لزمتها الحجه فستل حتی تعلم؛ اگر می‌دانسته که عده بر اوست، حجت بر وی تمام است بایستی می‌پرسید و می‌دانست.^{۳۳}

۲- «شخصی از امام صادق (ع) در مورد زنی که شوهر داشته و با مردی ازدواج کرده سوال کرد. امام فرمود: «باید بر او حد جاری شود.» آنگاه پرسید: «اگر جاهل بود چطور؟» امام فرمود: الیس هی فی دارالجهیره؟ آیا در منطقه مسلمان‌نشین زندگی نمی‌کرده؟ پاسخ داد: چرا او در همین منطقه مسلمان‌نشین زندگی می‌کرده است. امام فرمود: ما من امراه الیوم من نساء المسلمین الا و هی تعلم ان المراه المسلمه لا یحل لها ان تزوج زوجین؛ هیچ زنی از زنان مسلمین نیست که نداند زن نمی‌تواند دو شوهر کند. سپس امام اضافه کرد: ولو ان المراه اذا فجرت قالت: لم ادر او جهلت ان الذی فعلت حرام و لم یقم علیها الحد اذا لتعطلت الحدود؛^{۳۴} چنانچه هر زنی مرتکب فجور گردد و بگوید من نمی‌دانستم کاری که کرده‌ام حرام بوده است و حد بر او جاری نگردد، در این صورت اجرای حدود الهی تعطیل خواهد شد.»

از آیات و روایات فوق کاملاً پیداست که هر چند مقتضای استصحاب، عدم علم است، ولی ظاهر اوضاع و احوال می‌تواند اماره قضائی حاکم بر استصحاب محسوب گردد و اصل بر علم گذاشته شود و بار اثبات جهل بر دوش مدعی آن قرار گیرد. از نظر فقه اسلامی، تشریح احکام و شیاع آن میان مسلمانان، اماره قضائی بر آگاهی و علم افراد به شمار می‌آید. در زمان ما قانون‌گذار تصویب قانون و طبع و نشر آن و انقضای مدت متناسب از انتشار آن را اماره قضائی بر علم و آگاهی قرار داده است و مدعی، دلایل جهل خویش، آن هم نه تقصیراً بلکه از روی قصور و ناتوانی را بایستی به اثبات برساند. به نظر می‌رسد، چنانچه در مسائل کیفری، شخص متهم، جهل غیرمقصرانه خود را به اثبات برساند، قاضی باید به بی‌گناهی او رای دهد. مبحث اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق موضوعه را می‌توانید در مقاله مشترک اینجانب در

نشریه علمی دانشگاه شاهد، شماره ۹ و ۱۰ صفحات ۲۰ تا ۴۰ مطالعه فرمایید.

منابع و پی‌نوشت‌ها:

- ۱- طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، کتاب الطهاره، مسئله ۱۷.
- ۲- صدوق، الاعتقادات، ص ۱۱۴.
- ۳- مفید، تصحیح اعتقادات الامامیه، ص ۱۴۳.
- ۴- سیدمرتضی، الذریعه، ج ۲، ص ۶۶۵.
- ۵- قوانین الاصول، میرزای قمی، ج ۲، ص ۱۴.
- ۶- اسراء (۱۷)، ص ۱۵.
- ۷- طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن ج ۶، ص ۴۵۸، [فانه لایحسن من الله تعالی مع ذلک ان یعاقب احدا الا بعد ان یعرفه ما هو لطف له و مصلحته...]
- ۸- حائری یزدی، درالاصول، ص ۴۲۷.
- ۹- طوسی، الاقتصاد الی طریق الرشاد، ص ۶۲.
- ۱۰- کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، علامه حلی، با تصحیح حسن حسن‌زاده آملی، ص ۳۱۹.
- ۱۱- رک: وحید بیهانی، الفوائد الحائریه، با تحقیق مجمع فکر الاسلامی ص ۱۳۲.
- ۱۲- رجل دعوانه الی جمله الاسلام فاقربه، ثم شرب الخمر و زنی و اکل الربا و لم یبین له شیئی من الحلال و الحرام اقم علیه الحد اذا جهله؟ قال لا، الا ان یقوم علیه بینه انه قد کان اقر بتحریمها - حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸ ص ۳۲۴.
- ۱۳- کلینی، فروع کافی، ج ۷، ص ۲۴۹.
- ۱۴- طباطبایی، مفاتیح الاصول، ص ۵۱۸.
- ۱۵- قوانین الاصول، ج ۲، ص ۱۶.
- ۱۶- خراسانی، کفایته الاصول، ج ۲، ص ۱۷۹.
- ۱۷- نهاییه الافکار، (تقریبات درس آقا ضیاءالدین عراقی به قلم محمدتقی بروجردی)، القسم الثانی من الجزء الثالث ص ۲۳۵.
- ۱۸- اصول فقه، سلسله بحث‌های نگارنده، دفتر دوم، نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ هشتم، تابستان ۷۷، صص ۱۲۶ تا ۱۴۲.
- ۱۹- سیدابوالقاسم خویی، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۲۵۴.
- ۲۰- علامه حلی، مبادی الوصول الی علم الاصول، ص ۹۳ به بعد.
- ۲۱- فقیه نامدار، معلم فقه قرن معاصر، سیدمحمد محقق داماد، درس اصول فقه مرحوم والد اعلی الله مقامه، توسط شاگردان همان دوره نخستین تدریس ایشان (حدود سال ۱۳۳۰) به رشته تحریر درآمده است. اعضای آن حلقه پرفیض و برکت هم‌اکنون مفتیان شیعه و ذخائر فقهی حوزه‌های علمیه محسوبند. و از جمله آنانند آیات کرام، حسینعلی منتظری، مرتضی مطهری، سیدمحمدحسین بهشتی، حاج آقا موسی شبیری زنجانی، ناصر مکارم شیرازی، عبدالکریم موسوی اردبیلی، سیدموسی صدر، حاج سید مهدی روحانی، حاج میرزا علی احمدی میانجی. اگرچه بعضی از ذوات به طور پراکنده بخش‌هایی از مباحث را نگاهشته‌اند، ولی دوره کامل توسط آیت‌الله حاج سیدجلال‌الدین طاهری

اصفهان (امام جمعه فعلی اصفهان) تقریر شده که به دستور مرحوم والد همان روزها استنساخ شد و برای تدریس دوره‌های بعد مورد استفاده قرار می‌گرفت و پس از رحلت ایشان همان یادداشت‌ها میراث ماندگار برای ما باقی ماند و طبعاً انتشار آن منوط به تصمیم مقرر گرانقدر است. از خواننده گرامی اجازه می‌خواهم که این خاطره را نقل کنم. سال ۱۳۵۸ هـ. ش توفیق زیارت عتبات عالیات برای نگارنده دست داد. مرحوم آیت‌الله حاج سیدمحمدباقر صدر(ره) به دیدن نگارنده تشریف آوردند. به محض جلوس با کلامی نیمه عربی و فارسی چنین گفتند: «علاقاننا وراثیه. برای آنکه من شاگرد بالمنزله پدر شما هستم.» و سپس توضیح دادند. «به جهت آنکه، آقا موسی صدر [امام موسی] مدتی به نجف آمد و نوشته‌های درس اصول فقه مرحوم والد شما را همراه خود داشت. و کان مبتهجا به، با هم مباحثه می‌کردیم و مطالب ایشان را به بحث می‌گذاشتیم و پس از مسافرت آقا موسی صدر به لبنان نوشته‌های ایشان مدت‌ها در منزل ما بود.»

در سفر حج سال ۱۳۷۶ از آیت‌الله حاج سیدجلال‌الدین طاهری اصفهانی شنیدم که وقتی آقا موسی صدر می‌خواست به نجف برود قسمتی از نوشته‌های مرا امانت گرفت و متأسفانه تاکنون آن قسمت به من بازنگشته است.

افزون آنکه در خرداد ۱۳۷۸ در اصفهان از جناب آقای حجت‌الاسلام والمسلمین روحانی یکی از عالمان آن دیار شنیدم که چند سال پیش آیت‌الله طاهری به من گفتند مقداری از نوشته‌های من نزد آیت‌الله حاج آقا مرتضی حائری یزدی در قم است و از من خواستند که در مسافرت به قم به حضور ایشان شرفیاب شوم و نوشته را بگیرم و به اصفهان ببرم. من به ایشان مراجعه کردم. آیت‌الله حائری یزدی پس از فحص و تامل ناگهان یادشان آمد و گفتند که آقا موسی صدر هنگام عزیمت به نجف نزد من آمد و نوشته‌های آقای طاهری را گرفت و با خود برد.

۲۲- دروس فی علم الاصول، سیدمحمدباقر صدر، الحلقه الثالثه، ص ۳۲۴.

۲۳- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، روضه الناظر و جنت المناظر، بیروت، ۱۴۰۱ ق، صص ۴۱، ۴۲؛ بدخشی، محمد بن حسن، مناهج العقول فی شرح مناهج الوصول، بیروت، ۱۴۰۵ ق، ج ۱، صص ۱۶۴ - ۱۶۶.

۲۴- انصاری، فراند الاصول، محشی، ص ۱۹۹.

۲۵- بقره، (۲)، ص ۲۹.

۲۶- بقره، (۲)، ص ۱۶۸.

۲۷- انعام، (۶)، ص ۱۴۵.

۲۸- حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، صص ۱۲۷ - ۱۲۸.

۲۹- شیخ صدوق، الاعتقادات، ص ۱۱۴.

۳۰- مفید، تصحیح اعتقادات الامامیه، ص ۱۴۳.

۳۱- سوره نساء، (۴)، صص ۹۷، ۹۸، ۹۹.

۳۲- وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۶۹.

۳۳- وسائل، همان.

* استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

